

Señor:  
TRIBUNAL SUPERIOR DE CARTAGENASALA LABORAL  
E. S. D.

ASUNTO	ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA
PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDADO	CBI COLOMBIANA S.A
DEMANDANTE	HERNANDO VILORIA MEJIA
M. PONENTE	LUIS AVILA CABALLERO
RADICADO	13001-31-05-004-2017-00143-01

Cordial saludo,

**ALBERTO ELIAS FERNANDEZ SEVERICHE**, varón, mayor de edad, de nacionalidad colombiana, con domicilio en la ciudad de Cartagena, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 73.165.686 de Cartagena, y T. P. No. 90.366 del C. S. de la Jud., actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandante, de conformidad con el poder conferido, muy comedidamente manifiesto a usted, que procedo presentar mis alegatos, ratificando de esta manera todos los argumentos planteados en las instancias procesales previas y concretando nuestro análisis en el planteamiento de los problemas jurídicos que en casos similares ha identificado esta misma sala:

Determinar si la bonificación de asistencia reclamada en demanda constituye factor salarial. Surgiendo como problema jurídico asociado determinar el alcance del pacto de *desalarización* contemplado en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.

En caso de establecerse que los señalados emolumentos tienen el carácter salarial, se establecerá si hay lugar a los reajustes de las horas extras, recargos nocturnos, festivos, dominicales, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social. Así mismo, si hay lugar a la indemnización moratoria.

#### I. EL BONO DE ASISTENCIA ES SALARIO.

Se trata de un pago de carácter remuneratorio que se paga en proporción al tiempo de servicio, pues así expresamente se indicó en la cláusula cuarta del contrato de trabajo.

“Esta bonificación de llegar a causares, será calculada y pagada por mes laborado o proporcionalmente al mes de servicio”

Luego está claramente establecida la relación de causalidad entre la prestación del servicio y el pago, lo que necesariamente lo ubica como un pago que no puede ser considerado nada diferente a salario.

El carácter salarial de este pago fue recientemente analizado por la Corte suprema de justicia en la SL 2018-2021 del radicado 82673 con ponencia de la honorable magistrada **ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA**, mediante la cual la Sala cuarta de descongestión resuelve un recurso de casación interpuesto por **CBI COLOMBIANA S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el 23 de febrero de 2018, dentro del proceso que adelantó en su contra **GERLIN STIVENSON GARCÉS MUÑOZ** y en el de la sociedad **REFINERÍA DE CARTAGENA**.

Por la claridad de esta sentencia respecto del tratamiento que recibió la llamada Bonificación de asistencia y por tratarse de un fallo con los mismos supuestos de hecho del presente se solicita que se acojan los mismos argumentos de la sentencia.

En concreto transcribimos apartes de la sentencia

“...En efecto, la Corte considera preciso recordar que el pacífico y sostenido criterio jurisprudencial de esta Corporación sobre el particular ha dejado claro que la condición salarial o no de una determinada suma de dinero que percibe el trabajador en el marco de un contrato de trabajo, no depende de la denominación que le hayan dado las partes en el acto de creación, ni menos aún de la voluntad autónoma del empleador, sino de la inequívoca circunstancia de que, como se dijo, se pague para retribuir el servicio personal del empleado (CSJ SL13707-2016 y CSJ SL8216-2016).”

#### II. INEFICACIA DEL PACTO DE EXCLUSIÓN SALARIAL.

No se podrá concluir que CBI COLOMBIANA S.A actuó conforme a derecho por cuanto lo que hizo fue entrar a desconocer el carácter salarial a un pago que tiene como fuente, esencia y finalidad la simple y pura prestación del servicio, tampoco podrá aceptarse la validez del pacto de desalarización que se contiene en la cláusula cuarta del contrato de trabajo y deberá concluirse que la reliquidación solicitada es procedente y necesaria.

La sentencia C-521 de 1995 estudió la constitucionalidad del segundo inciso del artículo 128 CST, en esta oportunidad la Corte Constitucional advirtió que la celebración de esos acuerdos (pactos de exclusión salarial) no es una potestad absoluta de las partes en el contrato de trabajo, toda vez que poseen límites en cuanto a su contenido.

La alta corporación afirmó que *“la regulación de las relaciones de trabajo por los aludidos instrumentos, supone el reconocimiento constitucional de un amplio espacio para que se acuerden entre los trabajadores y los empleadores las condiciones de la prestación del servicio, en forma libre y espontánea, obedeciendo al principio de la autonomía de la voluntad, el cual tienen plena operancia en las relaciones laborales y resulta compatible con las normas constitucionales que regulan el trabajo, en cuanto su aplicación no implique la vulneración de los derechos esenciales o mínimos de los trabajadores, regulados por éstas y la ley”*.

En este sentido, como ya se ha indicado la Corte Suprema de Justicia ha indicado que *“las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario”*

Adicionalmente, ese alto tribunal ha concluido de forma reiterada y tranquila que *“cuando el pago que recibe el asalariado tiene como causa inmediata el servicio que éste presta, o sea su actividad en la labor desempeñada, será salario sin que las partes puedan convenir en sentido contrario, (...). En estos casos, cualquier cláusula que las partes acuerden para restarle naturaleza salarial a los pagos que recibe el trabajador por esos conceptos, será ineficaz.*

En este sentido se impone la interpretación que hace la citada sentencia SL4111-2020 Radicación N° 81500

Por su parte la sentencia la SL 2018-2021, refiriéndose a un caso idéntico a este, concluyó:

*“Ha de insistir la Sala en que, ciertamente, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite que existan pagos dentro de la relación laboral que están al margen de tenerse por remunerativos del servicio, o lo que es lo mismo, no salariales.*

*Sin embargo, lo que autoriza el artículo en cita no es en modo alguno una carta abierta para que las partes pacten cualquier tipo de devengo sin incidencia salarial, comoquiera que dentro de la libertad y autonomía que está presente en la relación de trabajo, no pueden las partes excluir de la connotación salarial pagos que por su naturaleza y esencia sí la tengan, como aquellos que están atados, precisamente, a la retribución del servicio de manera directa.”*

### III. DEROGATORIA DEL PACTO DE EXCLUSION SALARIAL.

En el expediente reposa copia de la convención colectiva de trabajo suscrita entre CBI COLOMBIANA Y LA UNION SINDICAL OBRERA USO, en fecha 25 de septiembre de 2013, el artículo 12 de la convención dispone que a partir de la firma del acuerdo el pago de salario y bonificación se haría de la forma como se describía en el anexo uno de la convención que refiere a SALARIOS Y BONIFICACIONES, se solicita que se examine el contenido del anexo uno y no puede ser el entendimiento nada diferente a que se trata de un pago de carácter salarial sin referencia alguna al pacto de exclusión salarial, por lo que no puede entenderse que el mismo conservó vigencia con posterioridad a la firma de la convención colectiva.

### IV. CARÁCTER SIMULATORIO DEL PACTO DE EXCLUSION SALARIAL.

No obstante, lo planteado con relación al pacto de exclusión salarial, su ineficacia y su derogatoria, no puede olvidarse en deber del juez laboral de anteponer en sus juicios las consideraciones relacionadas con la verificación de la realidad de la relación, que no es otra cosa que el principio de supremacía de la realidad sobre la formalidad, así las cosas, le solicitamos analizar las siguientes pruebas documentales que son evidencias de que las tablas que contienen los condicionamientos que justifican el pacto de exclusión salarial eran desatendidos evidenciándose de esta manera que ese pacto estaba inserto en el contrato con la única finalidad de generar la apariencia que los pagos tenían fuente distinta a la simple y pura prestación del servicio

Se observa en la certificación laboral (folio 28) del señor demandante donde se corrobora la habitualidad del bono de asistencia.

En el volante de pago del mes de octubre de 2013, se observa -1 de ausencia no justificada en la columna cantidad, lo que indica que si se aplicara el contrato de trabajo, al señor demandante se le debió descontar el 30% del bono de asistencia, lo que no ocurrió puesto que le descontaron esa cantidad de días del bono de asistencia.

## V. ANALISIS DE LA CONDUCTA DEL EMPLEADOR CBI COLOMBIANA Y ENCONCRETO DE LA MALA FE Y SANCION MORATORIA.

Nos permitimos también hacer una transcripción del contenido de la sentencia SL4111-2020 en este sentido:

*En punto de la determinación del actuar de la demandada, considera que los parámetros que utilizó el Tribunal para deducir la buena fe no se acompasan con lo realmente probado en el plenario. **Precisa que el actuar de buena o mala fe no se debe determinar por la cuantía de la condena impuesta, sino por la justificación que se le dio al no pago total de lo adeudado, y a definir si esta justificación se encuentra amparada bajo el principio de buena fe. A partir de lo anterior señaló que la demandada manifestó conocer que la bonificación de asistencia se tenía en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, lo cual se acompasa con el testimonio de Tatiana Marcela Toro Velásquez, quien manifestó que dicha bonificación se incluía en la liquidación de aquéllas,** lo que llevó al convencimiento ala juez de primera instancia acerca de que esa bonificación tenía incidencia al liquidar las prestaciones sociales, que fue la única defensa utilizada por la demandada. Demostrado que las prestaciones sociales no fueron pagadas en su totalidad, **concluyó que no existía justificación en el plenario para tal deuda prestacional.** Además, que la empleadora tuvo todas las etapas procesales para admitir la existencia de las obligaciones insolutas y pagarlas en su totalidad, actuar del que expone que no se puede colegir que la entidad actuó de buena fe, pues aun conociendo que existían obligaciones que no había pagado a la terminación del nexo contractual, insistió en forma vehemente en que dicho pago sí se había realizado, a partir de lo cual, luego de casar la sentencia, debía avalarse por la Corte la prosperidad de la pretensión consistente en la aplicación del art. 65 del CST. X. C*

Analicemos entonces el contenido de la cláusula cuarta del contrato del señor demandante.

La cláusula cuarta del contrato del señor demandante a folios 14 y 15 el cual dice “...esta bonificación, de llegar a causarse, será calculada y pagada por mes de servicio **no hace parte de la remuneración ordinaria,** en consecuencia, esta bonificación no integrara la base de liquidación de ninguna acreencia que tenga como referencia la remuneración de salario ordinario, específicamente, recargo por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivo, y las vacaciones disfrutadas en tiempo; mientras que será tenida en cuenta para efectos del cálculo de prestaciones sociales- cesantías, intereses y prima de servicio – aportes a la solidaridad social, contribuciones parafiscales indemnización por despidos sin justa causa y vacaciones compensadas en dinero.

Se observa entonces que al confrontar el contenido de la cláusula cuarta del contrato de trabajo **CBI COLOMBIANA S.A.**, hizo lo contrario a lo que la norma le permite, incurriendo en la prohibición, es decir:

Le niega sin justificación real o aparente el carácter de salario a un pago que en esencia remunera el servicio y que se calcula y paga en proporción al tiempo efectivamente laborado.

Tiene en cuenta el pago para efectos del cálculo de prestaciones e indemnizaciones.

No la tiene en cuenta para el computo de remuneración del trabajo del demandante, es decir, no la tiene en cuenta para pagar horas extras, dominicales, festivos. Esto es lo que se adobo sin ninguna justificación el empleador fue la facultad de decir que pagaría el trabajo suplementario a un valor inferior a que la ley dispone.

La conducta del empleador implica un enriquecimiento del empleador representado en los miles de trabajadores a los que mensualmente se les liquidaban de manera antijurídica los pagos del trabajo suplementario.

CBI sabía y entendía que el mismo pago por las mismas causas originalmente tenía incidencia salarial.

## VI. INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Al no haberse pagarse las horas extras y trabajos en domingos y festivos tomando la bonificación como salario, hubo mora en pagar salarios y prestaciones sociales de manera correcta al finalizar el contrato de trabajo.

Esa mora fue de mala fe y se hizo mención en extenso del actuar de mala fe de la demandada al tener inicialmente como salario la bonificación por asistencia en la POLÍTICA SALARIAL del año

ALBERTO ELIAS  
FERNANDEZ SEVERICHE  
ASESOR JURIDICO

Tel: 66 55356, 6656618, 3126210554, 3153816356  
Mail: albertoeliasfernandez@gmail.com  
Barrió El Laguito, Diagonal 1 B N° 1 – A 872 Edificio Laura Oficina N° 1  
Cartagena De Indias D. T. y C.

2010 y luego desalarizarla, y que posteriormente, a partir del año 2011 se excluyó el carácter salarial de dicha bonificación sin razones válidas teniendo una ganancia CBI al ahorrarse el pago del trabajo en horas extras dominicales y festivos sin la incidencia salarial del bono.

No se justifica que cuando a un trabajador se le exige trabajar más allá de la jornada ordinaria, o en La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL8216-2016 consideró que el pago de un auxilio de vacaciones, de cesantía y de primas, liquidados sobre el componente no salarial, antes que constituir una prueba de buena fe, acredita la intención de la empresa de restarle incidencia salarial a un pago que por su esencia tenía esa connotación y la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe, situación similar a la acontecida en éste proceso, donde el bono era salario para liquidar cesantías e indemnizaciones, pero no para liquidar horas extras, por lo que se debe revocar y condenar al pago de la indemnización moratoria.

Ante lo expuesto, pido se revoque la sentencia apelada y se condene al pago de lo que resulte por reliquidar el trabajo suplementario como es las horas extras, dominicales y festivos cesantías, sus intereses, primas de servicio y vacaciones y condenar al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST teniendo como salario promedio el que resulte de sumar el último salario ordinario, más el bono de asistencia que fue de y el promedio salarial de las horas extras y festivo del último año de servicios.

### PETICIONES

Respetuosamente, solicito que **CONDENE** a la empresa **CBI COLOMBIANA S.A** a todos y cada uno de las pretensiones solicitadas en la demanda.

### NOTIFICACIONES

Mi representado recibirá notificación en el barrio el Pozón, Sector Nuevo Horizonte manzana 6 lote 2, Cartagena.

El suscrito abogado en el Barrio Laguito, Edificio Laura, Oficina 101, en Cartagena y en el Mail:albertoeliasfernandez@gmail.com.

Atentamente,



**ALBERTO ELIAS FERNANDEZ SEVERICHE**  
**C. C. No. 73.165.686 de Cartagena.**  
**T. P. No. 90366 del C. S. de la Jud.**